

Tilburg University

Platformen als uitdaging voor het privaatrecht

Tjong Tjin Tai, Eric

Published in:

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

Publication date:

2018

Document Version

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Tjong Tjin Tai, E. (2018). Platformen als uitdaging voor het privaatrecht. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 149(7214), 835-841.

<https://www.recht.nl/vakliteratuur/algemeen/artikel/450137/platformen-als-uitdaging-voor-het-privaatrecht/>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Platformen als uitdaging voor het privaatrecht¹

Eric Tjong Tjin Tai²

1. Inleiding

Een van de actuele onderwerpen van dit moment is de positie van zogenaamde ‘platformen’. Ooit, zo’n twintig jaar geleden, was dit een term die vooral gebruikt werd voor actiegroepen en overlegorganen. Inmiddels is de term overgenomen door zeer invloedrijke organisaties of bedrijven op Internet. Juristen worstelen met de kwalificatie en de passende vorm van regeling van platformen. Dit lijkt op het eerste gezicht wonderlijk. In de rechtspraktijk zien we ons immers al eeuwen geconfronteerd met steeds nieuwe vormen van samenwerking en organisatie, en pogingen om eerdere regels te ontduiken. Waarom hebben we nu ineens moeite om met deze nieuwe fenomenen om te gaan?

In dit artikel zal ik de kwalificatie van platformen behandelen³ door deze te toetsen aan verschillende bekende rechtsfiguren. Een bijkomend resultaat van deze exercitie is dat zij inzichtelijk maakt wat er bijzonder is aan platformen, en waarom regulering tot nog toe moeilijk is. Ik beperk mij tot een privaatrechtelijke analyse, in het bewustzijn dat er ook interessante vragen rijzen op het gebied van fiscaal recht, strafrecht, arbeidsrecht,⁴ en IPR. Ik concentreer mij vooral op de aard van de interne verhouding tussen deelnemers en platform, en eventuele externe aansprakelijkheid. Relevant is verder de Discussion Draft on Online Intermediary Platforms, waar ik ter vergelijking naar zal verwijzen.⁵

2. Bekende platformen

De definitie van ‘platform’ is enigszins fluïde. In het algemeen opereren zij op Internet en vervullen zij een intermediairfunctie⁶ waarbij zij partijen bij elkaar brengen en specifieke activiteiten kunnen bevorderen. Een beperktere soort platform komt erop neer dat vooral informatie wordt doorgegeven. Er is een grote variëteit aan platformen.⁷ Inmiddels zullen de meeste lezers wel bekend zijn met diverse voorbeelden.⁸ De twee platformen die de meeste aandacht trekken zijn Airbnb,⁹ voor

¹ Met dank aan prof.mr. V. Mak en prof.mr. S. van Gulijk voor hun commentaar op een eerdere versie.

² Hoogleraar privaatrecht, Tilburg University, onderzoeker bij Tilburg Institute for Private law (TIP), en redacteur van het WPNR.

³ Ook R. Koolhoven, ‘Kwalificatie en rechtspluralisme in de “deeleconomie”’, *MvV* 2015/6, p. 192-193, Chr. Busch, H. Schulte-Nolke, A. Wiewiórska-Domagalska & F. Zoll, ‘The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?’, *EuCML* 2016, p. 3-10, S. Grundmann en P. Hacker, ‘Digital Technology as a Challenge to European Contract Law’, *ERCL* 2017/3, p. 253-293.

⁴ M.S. Houwerzijl, ‘Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: een verkenning’, *TRA* 2017/13, p. 3-8 en ‘Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: transnationale dimensies en dilemma’s’, *TRA* 2017/59, p. 3-8.

⁵ *TvC* 2016-5, p. 259-265: dit is het resultaat van een werkgroep van academici.

⁶ Maar niet per se als bemiddelaar in de zin van art. 7:425 BW optreden.

⁷ J. Sénéchal, ‘The Diversity of the Services provided by Online Platforms and the Specificity of the Counter-performance of these Services — A double Challenge for European and National Contract Law’, *EuCML* 2016, p. 39-44.

⁸ Ik zal deze platformen daarom niet uitgebreid beschrijven; op Internet is hier eenvoudig informatie over te vinden, en zie ook de genoemde literatuur.

⁹ R. Koolhoven, ‘Het platform in de deeleconomie: elektronisch prikbord of bemiddelaar?’, *WPNR* 7085 (2015), V. Mak, ‘Private Law Perspectives on Platform Services Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY’, *EuCML* 2016, p. 19-25, C. Marzen, D.A. Prum, R.J. Aalberts, ‘The New Sharing

tijdelijke woonruimte, en Uber,¹⁰ de vervoersintermediair die als taxibedrijf kan worden aangemerkt.¹¹ Airbnb werkt primair doordat particulieren woningen kunnen aanbieden en opzoeken op de website van Airbnb. Uber werkt met een app op smartphones, waarmee klanten op eenvoudige wijze een taxi kunnen bestellen. Hoewel het bedrijfsmodel van deze bedrijven simpel oogt, blijkt het lastig om deze goed te kwalificeren.

De aandacht voor Uber en Airbnb kan ons doen vergeten dat er nog veel meer platformen zijn, waaronder zeer grote en bekende. Te denken valt aan Google en Facebook. Platformen die enigszins vergelijkbaar zijn met Airbnb en Uber zijn bijvoorbeeld Booking.com (hotelboekingen), TripAdvisor (reisrecensie en boekingen), Lens (horeca-recensies en boekingen), Deliveroo (maaltijdbezorging). Platformen werden een paar jaar geleden gepresenteerd als behorend tot de deeleconomie, wat een positieve maatschappelijke ontwikkeling zou stimuleren. Een platform als Peerby (ruil van gereedschap) sluit hier nog wel bij aan.¹² Inmiddels is duidelijk dat Airbnb en Uber gewoon winstgedreven organisaties zijn die geen overheersende ideële motieven hebben. Ook zijn er platformen met een duidelijke intermediairfunctie, zoals PayPal,¹³ dat fungeert als een betalingstussenpersoon vergelijkbaar met creditcardbedrijven. Verder zijn er platformen als Kickstarter die doen aan crowdfunding:¹⁴ het vergaren van investeringen van consumenten om een project te financieren.

3. Pre-internet samenwerkingsvormen

Om een beter begrip van platformen te verkrijgen is het zinvol deze te vergelijken met traditionele fenomenen en rechtsfiguren waarvan we beter weten hoe deze geregeld zijn. Daarvoor zijn er twee relevante categorieën: tussenpersonen en samenwerkingsverbanden.¹⁵

3.1. Tussenpersonen

In het algemeen lijken platformen een rol te vervullen die lijkt op die van traditionele tussenpersonen.¹⁶ Er zijn veel verschillende tussenpersonen. Wat zij gemeen hebben is dat zij *faciliterend* optreden ten opzichte van andere – in beginsel wenselijke –

Economy: The Role of Property, Tort and Contract Law for managing the Airbnb model', <https://ssrn.com/abstract=2883185>.

¹⁰ M. Jull Sørensen, 'Private law perspectives on platform services: Uber – a business model in search of a new contractual legal frame?', EuCML 2016, p. 15-19, C. van Dam, 'Over Uber en de financiële risico's van de moderne snorder', VR 2014/136, p. 330-334.

¹¹ HvJ 20 december 2017, C-434/15, NJ 2018/361 (Uber Spain), waarover M.R. Botman, 'Uber: online dienst of vervoersbedrijf?', NTER 2018, p. 21-27, A. de Vries-Stotijn, 'Ontwikkelingen in het EU-recht: Uber een vervoersaanbieder?', TvC 2017-4, p. 174-177 en vgl. TvC 2016, p. 99-106.

¹² Koolhoven, *MvV* 2015.

¹³ A. Janczuk-Gorywoda, 'Online Platforms as Providers of Transnational Payments Law', ERPL 2016/2, p. 223-252, ook R. Zwitter, 'Internetbankieren met PayPal', NJB 2000, p. 1479-1485.

¹⁴ J. Armour & L. Enriques, 'The Promises and Perils of Crowdfunding: Between Corporate Finance and Consumer Contracts', Modern Law Review 2018 (81), p. 51-84, J.M. Poelgeest, 'Crowdfunding, mede mogelijk gemaakt door de wetgever?', Onderneming en Financiering 2014 (22), p. 38-61, ook C. Busch en V. Mak, 'Peer-to-peer lending in the European Union', EuCML 2016, p. 181 en andere bijdragen in dit special issue van EuCML. Er is een wetgevingsconsultatie geweest tot 26 november 2017 (<https://www.internetconsultatie.nl/crowdfunding>).

¹⁵ Er is meestal geen sprake van distributie, omdat er geen fysieke goederen worden verkocht/gedistribueerd door het platform, er worden hoogstens overeenkomsten gesloten.

¹⁶ Over verschillende tussenpersonen zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/55-62.

activiteiten, maar dat op verschillende manieren doen. Vanwege die faciliterende rol staan zij niet op één lijn met degenen die de activiteit zelf bedrijven. Hierdoor rijst de vraag op wie informatieplichten¹⁷ rusten: het platform of de deelnemer.¹⁸

Onder omstandigheden wordt van de tussenpersoon toch verwacht dat hij ongewenste activiteiten tegengaat (de poortwachterfunctie), zonder dat hij daarmee aansprakelijk is.¹⁹ Een voorbeeld is de 'bloot vervoerder' van inbreukmakende merkartikelen: deze is in beginsel niet aansprakelijk en maakt niet zelf inbreuk als hij geen weet heeft van het inbreukmakende karakter van de artikelen.²⁰ Wel zal hij eventuele dwangmaatregelen tegen de opdrachtgever moeten ondergaan.²¹ In specifieke gevallen kan de tussenpersoon zelf aansprakelijk zijn omdat hij in feite (mede)pleger is van de activiteit.²² Zo is een uitgever wel zelf aansprakelijk voor onrechtmatige uitlatingen.²³ Dit is logisch, aangezien de uitgever er welbewust voor kiest om een uitlating af te drukken of uit te geven: de krant verschijnt niet vanzelf. Anders dan de vervoerder *weet* hij wat er gebeurt.

Een mogelijk relevante vergelijking is met de voorgangers van online marktplaatsen. Fysieke markten kwamen al in de oudheid voor. Tegenwoordig is de constructie veelal dat een organisator standplaatsen op de markt verhuurt.²⁴ Hij verdient aan de huur en stelt regels op waar de huurders zich aan moeten houden.²⁵ De huurders verkopen voor eigen rekening en risico: alle winst van de verkopen mogen zij houden (tenzij de overeenkomst erin voorziet dat de verhuurder hier ook een aandeel in krijgt). Contractueel is dit een huurovereenkomst. De marktorganisator is in beginsel niet aansprakelijk voor wat huurders doen.²⁶ De verhuurder *faciliteert* de markt, maar staat op zichzelf neutraal tegenover wat er wordt verhandeld. Een klant zal ook niet snel geneigd zijn de verhuurder aan te spreken als hij ontevreden is over een huurder. Dat kan anders zijn als hij de huurder niet gemakkelijk kan achterhalen:

¹⁷ En wat de reikwijdte van deze plichten is.

¹⁸ C. Wendehorst, 'Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive', EuCML 2016, p. 30-33, D. Možina, 'Retail business, platform services and information duties', EuCML 2016, p. 25-30. De Richtlijn pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen 2015/2302 heeft hier een apart systeem voor, zie ook HvJ 9 november 2016 C-149/15 (Wathelet) voor consumentenkoop.

¹⁹ Daarnaast kan een poortwachter aansprakelijk zijn als hij niet waarschuwt, zoals bij banken: HR 23 december 2005, NJ 2006/289 (Safe Haven) en HR 27 november 2015, NJ 2016/245 (ABN AMRO/St. Gedupeerde Beleggers vd B).

²⁰ J.J. Brinkhof e.a., 'Aansprakelijkheid van tussenpersonen in het Nederlands intellectueel eigendomsrecht', in: J.M. van Buren-Dee e.a. (red.), *Tussen de polen van bescherming en vrijheid*, Intersentia: Antwerpen/Groningen 1998, pp. 203-236, A-G Verkade, conclusie nr. 5.12-5.34 voor HR 19 december 2003, NJ 2009/548, over indirecte auteursrechtinbreuk, Ch. Gielen (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, 12^e dr, Deventer 2017, nr. 781, BenGH 29 juni 1982, NJ 1982/624.

²¹ Vgl. art. 11 Handhavingsrichtlijn 2004/48.

²² T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Meewerken aan wanprestatie of onrechtmatige daad, mede toegepast op de rol van de notaris', WPNR 6954 (2012), p. 903-909.

²³ Zie over de afwegingen ten aanzien van anonieme publicaties A.H. Ekker, *Anoniem communiceren: van drukpers tot weblog: een onderzoek naar de grondrechtelijke bescherming van anonieme openbare communicatie*, diss. Amsterdam (UvA), Den Haag 2006.

²⁴ Een voorbeeld is aan de orde in Rb Haarlem 19 december 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AR7278 (Markt Beverwijk); zie voor ISPs art. 8 lid 3 Richtlijn 2001/29.

²⁵ Ik ga hierbij voorbij aan eventuele publiekrechtelijke vergunningsplichten e.d.

²⁶ Dit argument voerde Uber ook aan in de zaak Uber Spain C-434/15, zie Botman 2018, p. 26.

dan zou hij misschien adresgegevens van de verhuurder willen ontvangen.²⁷ Daarnaast kan de verhuurder wel verplicht zijn om in te grijpen als hij op de hoogte wordt gesteld van illegale praktijken.²⁸ De verhuurder lijkt dus eenzelfde positie in te nemen als een vervoerder.

Het ligt voor de hand om internetplatformen als marktplaats.nl of eBay op eenzelfde wijze te behandelen als fysieke markten. Dat zij in beginsel niet aansprakelijk zijn voor wat op de markt wordt verhandeld is inderdaad bevestigd, zij het op een specifieke grondslag, de bijzondere ISP-vrijwaring (par. 4). Een verschil met fysieke markten is evenwel dat betalingen, communicatie²⁹ en/of reputatiesystemen³⁰ vaak ook via het platform lopen. In zoverre hebben zulke platformen meer zeggenschap en controle mogelijkheden over de gang van zaken dan fysieke markten. Het netwerkeffect van reputatiesystemen maakt het bovendien moeilijker voor handelaren om een platform te verlaten, aangezien zij dan ook een goede reputatie verliezen.³¹

Doordat platformen een sterkere mate van betrokkenheid kunnen hebben met de totstandkoming van overeenkomsten dan het loutere faciliteren van een handelsruimte kunnen platformen gelijkenis vertonen met een ander soort tussenpersoon: de *bemiddelaar*.³² Bemiddeling houdt in dat de tussenpersoon gehouden is te bevorderen dat er een overeenkomst tot stand komt tussen zijn opdrachtgever en een derde. De traditioneel bekendste bemiddelaar is de makelaar. Een platform als Airbnb lijkt sterk op bemiddeling en moet misschien ook als zodanig worden gekwalificeerd. De Hoge Raad heeft aangegeven dat het onderscheid tussen een neutrale markt ('prikbord') en bemiddeling is dat in het laatste geval de beoogde contractspartijen niet zelfstandig met elkaar in contact kunnen treden en onderhandelen.³³ Kwalificatie als bemiddeling heeft op zichzelf weinig betekenis, behalve het verbod op belangen tegenstellingen. Een verschil met gewone bemiddeling is dat platformen vaak een veel grotere invloed uitoefenen op de vormgeving van de overeenkomst dan het geval is bij gewone bemiddeling, waar de bemiddelaar primair ten behoeve van de belangen van de opdrachtgever handelt. Platformen verzorgen bijvoorbeeld veelal de informatieverplichtingen die formeel op de achterliggende aanbieder rusten.³⁴ Verder uniformeren of structureren platformen vaak de overeenkomsten die worden gesloten, de voorwaarden die gelden, of de soort samenwerking die plaatsvindt.

Daarnaast is de bedoeling meestal dat Airbnb vaker dan incidenteel bemiddelt bij overeenkomsten. Dan kan sprake zijn van *agenteur*: "De agentuurovereenkomst is

²⁷ Vgl. HR 25 november 2005, NJ 2009/550 (Lycos/Pessers).

²⁸ Ingevolge art. 11 Handhavingsrichtlijn 2004/48 kan ook een tussenpersoon als een verhuurder van fysieke marktplaatsen worden aangesproken om toekomstige inbreuken door een bekende handelaar van inbreukmakende goederen te voorkomen: HvJ 7 juli 2016, C-494/15 (Tommy Hilfiger/Delta Center).

²⁹ In HR 16 oktober 2015, NJ 2016/108 (Duinzig/Tacq) was relevant dat communicatie via de makelaar moest verlopen.

³⁰ Hierover o.a. Chr. Busch, 'Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy', in: Alberto De Franceschi (red.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge 2016, p. 221-244, ook art. 8 Discussion Draft.

³¹ Busch 2016.

³² Art. 7:425 BW.

³³ HR 16 oktober 2015, NJ 2016/108 (Duinzig/Tacq).

³⁴ Wendehorst 2016, Mozina 2016.

een overeenkomst waarbij de ene partij, de principaal, aan de andere partij, de handelsagent, opdraagt, en deze zich verbindt, voor een bepaalde of een onbepaalde tijd en tegen beloning bij de totstandkoming van overeenkomsten bemiddeling te verlenen, en deze eventueel op naam en voor rekening van de principaal te sluiten zonder aan deze ondergeschikt te zijn” (art. 7:428 lid 1 BW).³⁵ De bepalingen inzake de agentuurovereenkomst strekken echter vooral tot bescherming van de handelsagent; zij houden geen rekening met de mogelijkheid dat de agent machtiger is dan de principaal. Daarom hebben zij weinig betekenis voor de problematiek van platformen.

Hoewel platformen op het eerste gezicht als tussenpersonen kunnen worden gekwalificeerd (vaak een combinatie van ‘verhuur’ en bemiddeling), hebben diverse platformen kenmerken die hen doen afwijken. De vérgaande controle over de werkwijze en presentatie doet denken aan samenwerkingsvormen als franchise.

3.2. Samenwerkingsverbanden³⁶

Franchise³⁷ houdt in dat een bedrijf een bepaalde bedrijfsformule heeft ontwikkeld, zoals de opzet van een McDonald’s restaurant, of een supermarkt als Albert Heijn. In plaats van zelf allerlei vestingen te openen, sluit het bedrijf franchiseovereenkomsten met franchisenemers. De franchisegever heeft een grote mate van controle over de precieze bedrijfsvoering: de meerwaarde voor alle franchisenemers zit in die uniformiteit (naast eventuele inkoopvoordelen).³⁸ Het geheel aan franchiseovereenkomsten heeft het karakter van een netwerk.³⁹ Er is discussie of dit ertoe zou moeten leiden dat de franchisegever aansprakelijk zou kunnen zijn voor daden van de franchisenemers.⁴⁰ In de praktijk lijkt de franchisegever vrijwel niet aangesproken te worden door klanten van franchisenemers. Dit lijkt in zoverre terecht dat als een klant schade lijdt, dit meestal gevolg zal zijn van concrete daden van de franchisenemer, waar de franchisegever geen controle over heeft. Dit zou anders kunnen zijn als de verplichte bedrijfsopzet de schade zou hebben veroorzaakt.⁴¹ De werkwijze van bijvoorbeeld Uber heeft veel weg van een franchise,⁴² maar een bijkomende bijzonderheid is dat de communicatie met klanten primair via het platform verloopt, en bovendien ook mede kan bepalen hoe klanten worden gekoppeld aan de chauffeurs. Er is daardoor een sterkere bemoeienis met de concrete klantrelatie dan gebruikelijk; in zoverre lijkt dit weer meer op bemiddeling en is franchise misschien

³⁵ De Agentuurrichtlijn 86/653 geldt alleen voor goederen, maar de Nederlandse implementatie heeft een breder toepassingsgebied (Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/324).

³⁶ Vgl. C.J.M. van Doorn, C.B.M.C. Zegveld, M.J. van Laarhoven, ‘Een juridisch beoordelingskader voor samenwerking’, NTBR 2009/7, p. 238-248.

³⁷ Asser/Houben Onbenoemde overeenkomsten 7-X 2015/138 e.v. Zij verwijst voor een definitie ook naar HR 25 januari 2002, NJ 2003/31 (Paalman/Lampenier).

³⁸ Asser/Houben 7-X 2015/144.

³⁹ Asser/Houben 7-X 2015/144. Dit wordt ook wel aangevoerd als reden waarom netwerkvoordelen verdeeld zouden moeten worden in de franchiseorganisatie. Dit komt erop neer dat elementen van een maatschap worden ingevoerd in de franchise.

⁴⁰ Asser/Houben 7-X 2015/145.

⁴¹ Bijvoorbeeld het beleid van McDonald’s dat koffie zeer heet geserveerd moest worden, waarover de beruchte zaak Liebeck v McDonald’s, zie

https://en.wikipedia.org/wiki/Liebeck_v._McDonald%27s_Restaurants

⁴² Jull Sørensen 2016, par. 3.

niet passend. Deze combinatie van bemiddeling en franchise kan ertoe leiden dat het platform zelf als de dienstverlener wordt beschouwd, zoals in het geval van Uber.⁴³

Als de samenwerking van deelnemers aan een platform zeer intensief is, zou er mogelijk sprake kunnen zijn van een maatschap (art. 7A:1655 BW).⁴⁴ In zijn algemeenheid lijkt dit niet passend voor platformen. Een maatschap is een overeenkomst waarbij de maten inbreng leveren teneinde uit de samenwerking gemeenschappelijk vermogensrechtelijk voordeel te behalen. De inbreng is een middel om het doel te verwezenlijken, 'hetgeen is ingebracht (de gemeenschap) moet in het kader van het gezamenlijke voordeelsstreven een instrumentele rol spelen'.⁴⁵ Daarnaast dient er sprake te zijn van *verdeling* van het voordeel ('recht van alle vennoten op een aandeel in het voordeel'⁴⁶). Dit impliceert dat de maten regelmatig overleg plegen, wat ook blijkt uit de verdere regels inzake de maatschap. De aansprakelijkheid van maten gaat vrij ver: zij zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk.⁴⁷ Dit wordt daardoor veroorzaakt dat alle maten partij zijn bij overeenkomsten aangegaan namens de maatschap.

Een aanname die de vérgaande hoofdelijke aansprakelijkheid van maten kan verklaren is dat er sprake is van relatief nauw overleg en nauwe samenwerking, waardoor maten op de hoogte kunnen zijn van elkaars onvoorzichtige of onrechtmatige gedrag en dat zouden kunnen verhinderen of bemoeilijken, zodat er reden is hen aansprakelijk te houden voor het gedrag van een mede-maat. Men ziet dit ook in de aanname dat een maat instaat voor de uitvoering van het werk van een andere maat: dit past goed bij de klassieke 'vrije' beroepsbeoefenaar die wanneer nodig voor een collega kan inspringen. Vanuit deze optiek beschouwd is de maatschap een veel beperkter figuur dan op het eerste gezicht lijkt.

Deze afbakening is van belang omdat bij een ruime opvatting van de maatschap diverse vormen van samenwerking op Internet hieronder zouden kunnen vallen. Een voorbeeld is het bitcoinsysteem: de verschillende computers (nodes) die deelnemen kennen elkaar weliswaar niet, ook al brengen zij allen rekenkracht in teneinde stoffelijk voordeel hieruit te halen (de kans om nieuwe bitcoin te verkrijgen).⁴⁸ Bij de inhoudelijke afbakening van de maatschap die ik hierboven heb verdedigd is het bitcoinsysteem geen maatschap: er is geen verdeling van voordeel en geen daadwerkelijk overleg. Ook gewone platformen als Airbnb zijn in de door mij verdedigde beperkte opvatting geen maatschap.

3.3. Meerdere partijen en overeenkomsten

Als niet is voldaan aan de voorwaarden van een maatschap, zou niettemin sprake kunnen zijn van een andere meerpartijenovereenkomst? Sommige platformen, zoals

⁴³ HvJ 20 december 2017, NJ 2018/361 (Uber Spain), vgl. Botman 2018, p. 24, r.k.

⁴⁴ De plannen voor invoeren van een regeling inzake personenvennootschappen brengen op dit punt geen wezenlijke verandering.

⁴⁵ A.L. Mohr, in: *Personenvennootschappen*, preadvies Vereniging Handelsrecht 2003, Deventer: Kluwer 2003, p. 54.

⁴⁶ Mohr 2003, p. 54, ook M.J.A. van Mourik en W. Burgerhart, *De personenvennootschap in breed perspectief*, Deventer: Kluwer 2010, p. 6: 'samenwerken voor gemeenschappelijke rekening'.

⁴⁷ G.J.H. van der Sangen, 'Aansprakelijkheid, draagplicht en verhaal bij personenvennootschappen', TvOB 2017-1, p. 28-37.

⁴⁸ J. Linneman, 'Juridische aspecten van (toepassingen van) blockchain', *Computerrecht* 2016/218, 319-324.

Kickstarter en Groupon, zouden kunnen leiden tot een meerpartijenovereenkomst tussen de consumenten, een externe leverancier of bedrijf, en het platform zelf.⁴⁹ Deze vaststelling levert echter weinig duidelijkheid op, nu zo'n meerpartijenovereenkomst geen vaste regels heeft.⁵⁰

Ook is mogelijk dat er geen gezamenlijke overeenkomst is tussen alle betrokkenen, alleen bilaterale overeenkomsten tussen platform en individuele deelnemers of afnemers. Het geheel kan men dan opvatten als samenhangende overeenkomsten, maar dat heeft in het algemeen ook geen duidelijke gevolgen, niet intern, noch extern.⁵¹ Overigens kan men zich afvragen of er daadwerkelijk overeenkomsten zijn gesloten. Bij Airbnb en Uber lijkt dit duidelijk het geval te zijn, maar bij het bitcoinsysteem is dit niet zeker: het deelnemen aan bitcoin geschiedt door feitelijke handelingen zonder dat er een concrete wederpartij is.

Als laatste kan men aansluiting zoeken bij het begrip netwerken.⁵² Bij platformen is er sprake van een netwerk van (rechts)personen die in zekere zin samenwerken. Echter ook voor netwerken geldt dat hier in het algemeen geen vaste gevolgen aan verbonden zijn,⁵³ ten dele is alles ook afhankelijk van de interne afspraken.⁵⁴ Het lijkt erop dat vooral betekenis kan worden toegekend aan de mate van invloed die een bepaalde partij heeft (en die daardoor zelf aansprakelijk kan zijn voor het geheel, zoals een bestuurder van een organisatie),⁵⁵ of de 'hechtheid' (density) van het netwerk.⁵⁶ Dit laatste suggereert een nauwere, intensievere samenwerking, zoals bij een maatschap. Louter feitelijke samenwerking in een netwerk, zonder dat er concreet overleg plaatsvindt tussen de partijen, lijkt vooralsnog buiten alle bekende juridische figuren te vallen.⁵⁷

4. Vrijwaring als ISP

Voor platformen geldt er nog een bijzondere regel: de vrijwaring voor Internet Service providers (ISPs) van art. 6:196c BW, berustend op de E-commercerichtlijn 2000/31.⁵⁸

⁴⁹ S.F. Bies & C.M.D.S. Pavillon, 'De koop op afstand van vouchers voor diensten en producten. Een eigentijdse meerpartijenverhouding nader geduid', in: C.G. Breedveld-De Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis, H.A. Ten Oever (red.), *De meerpartijenovereenkomst*, BW-Krant Jaarboek 29, Deventer: Kluwer 2015, p. 35-57.

⁵⁰ Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De meerpartijenovereenkomst in de rechtspraak', WPNR 7144 (2017), p. 271-276.

⁵¹ S. van Dongen, *Groepen van contracten*, diss. Nijmegen, Deventer: Wolters Kluwer 2016, A.H. Lamers, *Verbonden overeenkomsten in het handelsrecht*, Zutphen 2018.

⁵² Grundmann en Hacker 2017, p. 268.

⁵³ Bijvoorbeeld ook franchise is een netwerk van overeenkomsten, Asser/Houben 7-X 2015/144.

⁵⁴ C.B.C.M. Zegveld, *Netwerkaansprakelijkheid voor gebrekkige samenhangende zorg*, diss. Tilburg 2018.

⁵⁵ Dit punt is een combinatie van de kenmerken van 'governance' en 'centralization', zie Zegveld 2018, par. 7.7.2. Het vierde door haar als relevant genoemde kenmerk, of er sprake is van een keten, is in het kader van dit artikel niet relevant. Ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'The centre cannot hold': aansprakelijkheid voor moderne collectieven', *NTBR* 2011, p. 129-131.

⁵⁶ Zegveld, diss.

⁵⁷ Tjong Tjin Tai e.a., *NTBR* 2009, par. 2.4 (feitelijke netwerken).

⁵⁸ Vgl. C. Wendehorst, 'Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive', *EuCML* 2016, afl. 1, p. 30-33, S. Kulk, 'De Aansprakelijkheid van Platforms voor Auteursrechtinbreuken', *IER* 2017/62, conclusie A-G Langemeijer voor HR 10 november 2017 (art. 81 RO), *ECLI:NL:PHR:2017:933*. Ook C.B. van der Net, *Grenzen stellen op internet. Aansprakelijkheid van Internetproviders en rechtsmacht*, diss. Leiden, Deventer: Gouda Quint 2000, M. Schellekens, *Aansprakelijkheid van Internetaanbieders*, diss. Tilburg, Sdu: Den Haag 2001.

Zulke dienstverleners zijn niet aansprakelijk voorzover zij louter passief handelen ten opzichte van de door hen doorgegeven inhoud. Deze regel sluit aan bij de neutraliteit van vervoerders en dienstverleners. In de rechtspraak is deze vrijwaring breed toegepast op Internet-dienstverleners, waaronder platformen als Google en eBay.⁵⁹ Voorzover deze regeling van toepassing is, zou dit leiden tot vrijwaring van aansprakelijkheid. Dit kan verklaren waarom bedrijven zich graag als ‘platform’ aanduiden: dit lijkt een retorische truc om aansprakelijkheid af te wijzen. De ISP-vrijwaring geldt overigens alleen voor wat betreft inbreukmakende inhoud die is geopenbaard of gecommuniceerd; het heeft geen betrekking op de vraag of de ISP als geheel (dus niet louter op grond van inbreukmakende inhoud) is betrokken bij een activiteit die mogelijk tot aansprakelijkheid leidt.⁶⁰ Zo kan Airbnb zich niet achter de ISP-vrijwaring verschuilen voor aansprakelijkheid voor letsels dat een huurder oploopt (al heeft Airbnb wel andere verweren).

In de rechtspraak is aangegeven dat het hierbij vooral erom draait of de dienstverlener niet een zodanige actieve rol heeft gespeeld dat hij daarmee kennis van of controle over de opgeslagen c.q. doorgegeven gegevens heeft verkregen: Richtlijn 2000/31/EG, considerans 42 spreekt ten aanzien van het doorgeven en tijdelijk opslaan van informatie over een activiteit met ‘een louter technisch, automatisch en passief karakter, hetgeen inhoudt dat de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij noch kennis noch controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen’. Problematisch is dat we inmiddels weten dat veel platforms technisch, automatisch controle uitoefenen door middel van een algoritme: automatisch staat niet gelijk aan passief.

5. Communicatie en afstemming met een protocol

Er zijn veel soorten platformen, en uit de vergelijking met de hierboven genoemde rechtsfiguren komt naar voren dat er niet één uitsluitend toepasselijke regeling is. Sommige platformen zijn eigenlijk niet veel meer dan klassieke figuren in een nieuwe jas. Voor andere, daarentegen, gaat het om een samenwerkingsvorm die afstandelijker is dan vroeger mogelijk was,⁶¹ maar die door de techniek toch effectief is. Het duidelijkste voorbeeld is bitcoin. Dit werkt door een automatisch protocol dat nauwe samenwerking afdwingt, zonder dat de deelnemers overleg hoeven te plegen.⁶² Verder blijkt dat veel platformen zich onderscheiden van klassieke figuren doordat ook de communicatie via het platform loopt: dat kan een reden zijn waarom het platform toch anders wordt gekwalificeerd. Zo verschilt ‘prikbord’ van een bemiddelaar door

⁵⁹ Dit leidde niet steeds tot vrijwaring wegens specifieke omstandigheden van de casus, maar zij werden wel beschouwd als dienstverleners die in principe een beroep op de vrijwaring zouden kunnen doen. Zie HvJ 23 maart 2010, C-236/08 t/m C-238/08 (Google Adwords), HvJ 12 juli 2011, C-324/09 (L’Oréal/eBay).

⁶⁰ Botman 2018, p. 24-25 wijst op de vraag of de E-commercerichtlijn in zoverre de aansprakelijkheid exclusief regelt, en beantwoordt dit negatief, verwijzend naar Conclusie A-G Szpunar, punt 87, onder HvJ Uber Spain.

⁶¹ Het benodigde vertrouwen kan dan worden gewaarborgd door reputatiemechanismen of doordat het platform de nakoming verzekert (bijv. door terugbetaling te regelen ingeval van wanprestatie).

⁶² Algemeen: C. Shirky, *Here comes everybody*, London: Penguin 2008, wijzend op digitale organisatievormen zonder de kosten van management, die vroeger niet mogelijk of rendabel zouden zijn.

de mogelijkheid van communicatie buiten de tussenpersoon om (HR Duinzigt/Tacq); dit is ook mede bepalend wat Uber van gewone franchise onderscheidt.

Dit suggereert dat het bijzondere van platformen is gelegen in *automatische communicatie en bijbehorende afstemming van handelen*,⁶³ door middel van een *technisch protocol*. Ik licht dit toe.

Een platform kan in grote mate *bepalen* wat er gebeurt⁶⁴ en de techniek van het platform *weet* ook veel van wat er plaatsvindt. Immers de deelnemers delen informatie waardoor het platform goed kan werken, en het platform bepaalt welke informatie kan worden ingebracht en welke informatie wordt doorgegeven. Een platform kan bijvoorbeeld eisen dat een telefoonnummer wordt opgegeven, of juist verbieden dat persoonlijke details worden opgenomen. Dit gebeurt allemaal automatisch.

Platformen werken meestal zonder directe menselijke tussenkomst: deelnemers worden aan elkaar gekoppeld en bepaalde resultaten worden bereikt zonder dat een menselijke werknemer van het platform daar een concrete beslissing voor hoeft te nemen. Op deze wijze vindt afstemming plaats tussen de deelnemers, waardoor effecten resulteren die zij individueel niet zouden kunnen bereiken maar die opnieuw niet directe beslissingen vereisen. Als het Uber-algoritme bijvoorbeeld wegens drukte de prijzen verhoogt in een bepaald gebied, heeft dat direct effect op alle daar rijdende Uber-taxis. Individuele taxis zouden niet zo'n snelle afgestemde reactie op drukte kunnen bewerkstelligen.⁶⁵

Platformen slagen hierin door gebruikmaking van software of algoritmen die deze samenwerking concreet mogelijk maken. Hierachter ligt vaak een zogenaamd *protocol*, een set regels die beschrijven hoe op communicatie moet worden gereageerd, welke signalen zijn toegestaan of herkend worden. Het bitcoin-protocol is het meest uitgewerkte voorbeeld hiervan. Als eenmaal zo'n protocol is vastgesteld,⁶⁶ kan het platform automatisch functioneren. Let wel: het is mogelijk dat het platform bewust wijzigingen aanbrengt in zo'n algoritme. Denk aan de veranderingen in het (strikt geheim gehouden) *ranking* mechanisme van Google dat bepaalt welke zoekresultaten het hoogst verschijnen.

6. Juridische consequenties

In het recht kunnen we nog niet goed omgaan met deze nieuwe werkelijkheid. Er is geen eenduidige kwalificatie mogelijk. Deels komt dit doordat er veel soorten platformen met verschillende verdienmodellen zijn. Deels ligt dit er ook aan dat platformen op wezenlijke punten verschillen van traditionele ondernemingen en samenwerkingsverbanden.

⁶³ Vgl. Zegveld, diss., over de plicht tot communicatie en afstemming in zorgnetwerken. Dit is wezenlijk voor het goed functioneren van netwerken. Evenzo over het belang van communicatie in netwerken en bouwcontracten: S. van Gulijk, *De rol van het privaatrecht – contact in plaats van contract*, in: preadvies Vereniging voor Bouwrecht nr. 42 (2014), p. 9-107, S. van Gulijk, 'Contractual Networks in Construction Services – a Dutch Building Block?', ERPL 2017 (25), p. 859-880, en J. Sluijter, 'Samenwerkingsverplichtingen van dienstverleners in een netwerk', scriptie Tilburg 2011, op arno.uvt.nl/show.cgi?fid=114641. In art. 7 en 18 Discussion Draft komen deze kenmerken ook naar voren.

⁶⁴ Grundmann en Hacker 2017, p. 274, ook 282 (bepalen van contractsvoorwaarden).

⁶⁵ En mogen overigens ook niet de prijzen verhogen.

⁶⁶ Dat kan ook impliciet in software.

Als eerste geldt dat de communicatie en afstemming verloopt zonder menselijke tussenkomst. Er is daardoor geen persoon die is aan te spreken om de concrete communicatie of handelingen te controleren. De verantwoordelijke van het protocol of platform staat een graad verder van de concrete daden, en het EU-recht verbiedt het opleggen van een monitoringplicht (art. 15 E-commercerichtlijn 2000/31). Inmiddels lijkt overigens wel een kentering plaats te vinden: bedrijven als Facebook zien zich inmiddels ook genoodzaakt om menselijke controle uit te oefenen op het materiaal.⁶⁷ De E-commercerichtlijn miskent dat wel degelijk een behoorlijke mate van technische monitoring kan worden gegeven. Vroeger gold dat communicatie vanzelf inhield kennis (wetenschap) van wat gecommuniceerd werd, en daarmee ook de mogelijkheid en verplichting van controle.⁶⁸ Voor platformen is de band tussen communicatie en controle doorgesneden: het recht heeft nog niet geëist dat die band wordt hersteld, of heeft daar geen goede oplossingen voor.

Ten tweede geldt dat communicatie en afstemming is ingeperkt door een protocol. Dit beperkt de mogelijkheden van deelnemers tot overleg en individuele afwijking. Hierdoor is de feitelijke controle ook voor de deelnemers beperkt, en is de neiging om hen ook niet snel aansprakelijk te houden. Dit geldt zelfs als het eindresultaat van de samenwerking duidelijk negatieve effecten heeft.⁶⁹ Tot op heden gaat het recht er terughoudend mee om deelnemers dan aansprakelijk te houden. Overigens zou het mogelijk zijn om aansprakelijkheid voor dergelijke samenwerkingsvormen aan te nemen. Men kan een organisatieplicht opleggen,⁷⁰ waarbij het platform (en de deelnemers) verplicht zijn om het geheel zo te organiseren dat er meer controle mogelijk is op en beperking van negatieve consequenties. Verder zou een soort groepsaansprakelijkheid kunnen worden opgelegd omdat men deelneemt aan een gebrekkig systeem dat voorzienbaar schade aanricht.⁷¹ Zolang dergelijke aansprakelijkheidsregels ontbreken, is er een reëel risico op grote schade aan de samenleving door effecten die feitelijk wel kunnen worden tegengehouden.

Aan beide problemen ligt ten grondslag dat een communicatieprotocol dwingend is, het kan sturen. Daardoor zijn automatisch en passief geen synoniemen. Alleen ‘dom’ automatische systemen zijn louter passief, maar ‘smart’ algoritmen werken weliswaar automatisch maar zijn toch actief. De vooropstelling van bijvoorbeeld de ISP-vrijwaring gaat dus niet langer op. Platformen *bepalen* activiteiten en *weten* veel van wat er gebeurt.

Toegegeven: platformen verschillen ook in de mate waarin zij overeenkomsten reguleren. Een website als marktplaats.nl is veel vrijer dan een bedrijf als Uber. Daarnaast hebben deelnemers en afnemers/consumenten vaak de vrijheid om alternatieve platformen te kiezen. Die keuzevrijheid moet echter niet worden overschat: door netwerkeffecten is er praktisch gezien nauwelijks vrijheid voor

⁶⁷ Overigens gaat controle verder dan alleen monitoring van inhoud: platformen als Airbnb en Uber stellen ook strenge eisen aan de vorm.

⁶⁸ Dit verliep via het leerstuk van toerekening van kennis: B. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2017.

⁶⁹ Een vergelijkbare kwestie is de automatische afstemming van prijzen van auto-reserveonderdelen via software: C. Houtekamer, ‘Opeens is die wielbeschermers zes keer duurder’, NRC 19 juni 2018.

⁷⁰ Zie het Duitse begrip *Organisationspflicht*, wat een manier is om organisaties aansprakelijk te houden ingeval van schade.

⁷¹ Vgl. art. 6:166 BW, dat overigens strenger is. De hier verdedigde redenering komt neer op een aansprakelijkheid voor deelnemen aan een gebrekkig protocol.

individueen om bijvoorbeeld Facebook of Whatsapp te negeren. Machtsmisbruik kan worden aangepakt door het mededingingsrecht. Maar de effecten die in dit artikel zijn aangestipt liggen grotendeels op het terrein van het privaatrecht. Het is dan ook aan civilisten om vast te stellen hoe het privaatrecht het beste met deze fenomenen kan omgaan. Dit is een zaak van verder onderzoek.⁷²

⁷² De automatisering van overleg leidt overigens tot meer problemen, zoals het bemoeilijken van hardheidsclausules, realiseren van adequate wederkerigheid tussen de deelnemers.